

LEIS INCONSTITUCIONAIS AINDA CONSTITUCIONAIS?

Ricardo Ribeiro Campos

RESUMO

Afirma ter a doutrina pátria sempre se orientado no sentido de que lei inconstitucional é ato nulo. Aduz que compete ao juiz declarar essa nulidade e deixar de aplicar a referida lei à situação concreta, no sentido de impedi-la de produzir quaisquer efeitos.

Demonstra, no entanto, existir a necessidade de maior flexibilização das decisões no âmbito da jurisdição constitucional, tendência concretizada em diversos países, onde se atribui aos tribunais constitucionais uma margem de discricionariedade para manipularem a eficácia da decisão de inconstitucionalidade e possibilitarem, assim, que normas inconstitucionais produzam alguns efeitos.

Sustenta que a Lei n. 9.868/99, que permite a restrição das decisões de inconstitucionalidade, quanto aos seus efeitos e eficácia, engendra muitos questionamentos sobre o alcance e a validade dessa mudança, pois viola o princípio constitucional que veda a delegação de atribuições de um Poder a outro.

PALAVRAS-CHAVE

Inconstitucionalidade – lei, decisão; Lei n. 9.868/99; Direito comparado; controle jurisdicional de constitucionalidade; constitucional – tribunal, corte, princípio; norma infraconstitucional.

Certa vez, abonou Pontes de Miranda que *um dos problemas de mais relevo prático e mais elegante que se possa encontrar, hoje, em direito constitucional é o da concepção da natureza da sentença sobre anticonstitucionalidade da lei no tocante à sua eficácia*¹. Essa frase, longe de estar desatualizada, representa primorosa advertência a indicar a importância do estudo da eficácia das decisões de inconstitucionalidade para os aplicadores do Direito, seja pelas questões jurídicas que o tema suscita, seja pela grande repercussão social que possui a jurisdição constitucional.

Se é certo que, dentro de uma lógica formal, as decisões de inconstitucionalidade tradicionalmente negavam a possibilidade de leis tidas por contrárias ao texto constitucional produzirem quaisquer efeitos, observa-se, atualmente, uma tendência em vários países de mitigar essa solução. Atendendo a que o Direito não é simples norma, mas também é fato e valor, confere-se aos tribunais constitucionais uma pequena margem de discricionariedade para ponderarem esses elementos e manipularem a eficácia da decisão de inconstitucionalidade, possibilitando que normas inconstitucionais produzam alguns efeitos. Em novembro de 1999, entrou em vigor a Lei n. 9.868, permitindo que, *ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*. Trata-se de dispositivo que representa profunda inovação na jurisdição constitucional pátria e engendra, de consequente, muitos questionamentos sobre o alcance e a validade de tal alteração.

O título deste estudo não sem razão foi inspirado na célebre monografia de Otto Bachof, "Normas constitucionais inconstitucionais?", em que o jurista alemão perscrutou a possibilidade de uma norma constitucional ser tida como inconstitucional. Faz-se aqui como que um caminho inverso, ou seja, analisa-se a possibilidade de uma lei inconstitucional ainda assim produzir efeitos próprios de uma lei constitucional. Podem existir leis inconstitucionais ainda constitucionais?

O controle jurisdicional de constitucionalidade de atos normativos é fenômeno que historicamente remonta ao surgimento de constituições escritas. Isso não implica, todavia, haver uma relação necessária de interdependência entre ambos os institutos, pois a existência de um texto constitucional nem sempre acarreta a admissão da revisão judicial das leis. Observa Bernard Schwartz que *a rejeição da doutrina da supremacia legislativa, nos Estados Unidos, não resultou simplesmente do fato de possuir uma Constituição escrita. As leis orgânicas escritas dos países europeus, como a França, por si mesmas, não têm interferido na supremacia prática de suas legislaturas*².

Destaca-se que a técnica de estabelecer em um documento normas constitucionais foi um dos fatores que possibilitou a afirmação da idéia de sua superioridade. Como pondera Afonso Arinos de Melo Franco, *uma das conseqüências principais da Constituição escrita é a sua supremacia jurídica sobre toda a legislação ordinária*³.

O estabelecimento de constituições escritas, o desenvolvimento da idéia de poder constituinte⁴, principalmente a partir da obra de Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, e a concepção de superioridade do Direito Natural, cunhada por Edward Coke e John Locke⁵, propiciaram as premissas necessárias ao surgimento, nos Estados Unidos da América, da doutrina do controle jurisdicional das leis.

Alexander Hamilton, em "o Federalista", já antecipava pensamento que posteriormente viria a ser adotado na Suprema Corte: *Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em conseqüência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes*⁶. John Marshall, Presidente da Suprema Corte americana, no célebre caso Marbury v. Madison, em 1803, aplicou o raciocínio antes exposto:

É evidente a atribuição e dever do Poder Judiciário de dizer o direito. E aqueles a quem compete aplicar uma regra a casos concretos devem, necessariamente, interpretar esta regra. Se duas leis conflitarem entre si, os tribunais devem decidir sobre a incidência de cada uma.

Então, se uma lei estiver em oposição à constituição; se ambas se aplicarem a um determinado caso, exigindo que o tribunal decida ou de acordo com a lei, sem atenção à constituição, ou na conformidade da constituição, sem atenção à lei, cabe ao tribunal determinar qual destas regras conflitantes se aplica ao caso. Esta é a essência da função judicial.

Se, então, os tribunais devem observar a constituição e a constituição é superior a qualquer lei ordinária emanada do Legislativo, a constituição, e não a lei ordinária, é que deve reger o caso ao qual ambas se aplicam. (...)

*Assim, a particular fraseologia da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que toda lei contrastante com a constituição é nula*⁷.

Essa decisão, além de assinalar que o Judiciário tem o dever de conferir supremacia ao texto constitucional quando em conflito com leis ordinárias, estabeleceu que esse conflito acarreta a nulidade do ato legislativo, na concepção tradicional do Direito Privado segundo a qual *quod nullum est, nullum producit effectum*. Caberia, pois, a qualquer juiz, ao reconhecer a contrariedade de uma lei ao texto constitucional, negar-lhe aplicação e, em conseqüência, a produção de qualquer efeito por parte de tal norma (efeito *ex tunc*). Assim, por exemplo, no caso Norton v. Shelby County, enfatizou-se que *uma lei inconstitucional não é lei; não confere qualquer direito nem impõe obrigações; não assegura nenhuma proteção; é ineficaz como se nunca houvera existido*⁸. Também Thomas Cooley observou que *o Judiciário, tendo de decidir qual a lei que deve ser aplicada em determinada controvérsia, pode encontrar a vontade do Poder Legislativo, conforme é expresso em lei, em conflito com a vontade do povo em conformidade do expresso na Constituição, e as duas se não puderem conciliar. Neste caso, como o Poder Legislativo é o conferido pela Constituição, é claro que o poder delegado foi o que se excedeu; que o mandatário não se manteve dentro da*

Se é certo que, dentro de uma lógica formal, as decisões de inconstitucionalidade tradicionalmente negavam a possibilidade de leis tidas por contrárias ao texto constitucional produzirem quaisquer efeitos, observa-se, atualmente, uma tendência em vários países de mitigar essa solução. (...)

órbita do mandato. O excesso, por conseguinte, é nulo e é dever do tribunal reconhecer e fazer efetiva a Constituição como o direito primordial, e recusar-se a dar execução ao ato legislativo, e assim o anular na prática⁹.

No ano de 1965, todavia, no conhecido caso *Linkletter v. Walker*, a Suprema Corte americana desenvolveu doutrina mediante a qual não era necessariamente conferido efeito retroativo à sua decisão em relação a decisões criminais anteriores. A situação envolvia Victor Linkletter, condenado por roubo em um tribunal de Louisiana, decisão confirmada pela mais alta corte desse Estado. Algum tempo após a condenação, em caso distinto (*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643), a Suprema Corte decidiu que uma prova obtida violando a *Fourth Amendment* – que trata dos mandatos de busca e apreensão – era inadmissível em julgamentos perante tribunais estaduais. Com base nessa decisão, Victor Linkletter impetrou *habeas corpus*, negado pela Corte de Apelação, a qual sustentou que, apesar de realmente ter sido ilegal a busca e apreensão que ensejaram a sua condenação, a *exclusionary rule* firmada pela Suprema Corte em *Mapp v. Ohio* não poderia ser invocada, porque só alcançaria decisões futuras¹⁰. O *Justice Clark* não reprovou tal posicionamento e afirmou o seguinte: *O recorrente alega que a nossa jurisprudência demonstra que prevalece uma regra absoluta de eficácia retroativa na jurisdição constitucional. Todavia, acreditamos que a Constituição nem proíbe nem impõe efeito retroativo. Conforme afirmado pelo Justice Cardozo, “pensamos que a Constituição nada contém sobre o assunto”¹¹.*

Gilmar Ferreira Mendes, membro da comissão que elaborou o anteprojeto que resultou na Lei n. 9.868, invocou esse precedente para ilustrar a tendência de se conferir efeito prospectivo no âmbito da jurisdição constitucional. Averbou o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal:

*É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuava tão enfaticamente a idéia de que a expressão “lei inconstitucional” configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que “the unconstitutional statute is not law at all”, passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade.*

A Suprema Corte americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não há que se cogitar de alteração de julgados anteriores.

Sobre o tema, afirma Tribe:

“No caso Linkletter v. Walker, a Corte rejeitou ambos os extremos: a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo. Parafraseando o Justice Cardozo pela assertiva de que a constituição federal nada diz sobre o assunto, a Corte de Linkletter tratou da questão da retroatividade como um assunto pu-

ramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de Linkletter no caso Stovall v. Denno: “Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões.”¹²

Merece também ser consignado, diante de suas peculiaridades, o modelo austríaco de controle jurisdicional de constitucionalidade. Na Áustria, o Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof* – VfGH) tem competência para decidir acerca da constitucionalidade de leis federais, mediante provocação dos governos dos Estados, ou de leis estaduais, quando exortado pelo Governo Federal ou por um terço dos membros do Parlamento Federal, sem necessidade de demonstrar ofensa a qualquer interesse particular ou situação subjetiva. Também decide, durante o curso de um processo, a pedido do Tribunal Administrativo, do Tribunal Supremo ou de qualquer tribunal de apelação ou tribunal administrativo independente, e também quando o próprio Tribunal Constitucional tiver de aplicar a lei a um litígio pendente. O Tribunal Constitucional igualmente se pronuncia sobre a constitucionalidade de leis, a pedido de qualquer pessoa que alegue ter sido diretamente lesada por essa inconstitucionalidade, sob condição de a lei não ter sido aplicada em virtude de uma decisão judicial ou administrativa. Ao contrário dos Estados Unidos, portanto, onde se considera ser própria da atividade judicante a decisão sobre a contrariedade de uma lei ao texto constitucional, na Áustria essa competência é restrita ao Tribunal Constitucional, que exerce tal mister, seja no curso de determinado litígio, seja abstratamente, independentemente de uma situação concreta.

O que mais interessa, porém, ao presente estudo no sistema austríaco é a norma contida no art. 140 da Constituição de 1920, segundo a qual os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei se dão a partir da publicação da decisão do Tribunal Constitucional, salvo quando esta Corte estabelecer outro prazo, que não pode ser superior a seis meses ou, quando necessária for a edição de outra lei, um ano.

Hans Kelsen, em texto célebre, discorre acerca da Constituição austríaca: *Caso a Corte Constitucional reconheça como inconstitucional a lei examinada, deve anulá-la. (...) Em sua decisão a Corte Constitucional pode estabelecer um prazo para a invalidação da lei, o qual não pode ultrapassar seis meses. A decisão opera fundamentalmente apenas pro futuro, e a lei inconstitucional, até então válida, é anulada. Os atos até então postos em vigor com base nessa lei não são, portanto, tocados pela anulação. Um certo efeito retroativo pode ocorrer, naturalmente, apenas na medida em que a Corte Constitucional, quando examina e anula de ofício uma lei que em seu entender é pressuposto para uma decisão sua, não tem mais que aplicar a lei anulada ao caso pendente, embora o fato correspondente ao mérito da questão haja ocorrido quando a lei, ainda não anulada, estava em vigor. Assim, a decisão da Corte Constitucional, cujo pressuposto é a lei anulada, atua como se a lei já não vigorasse no momento em que se forma o mérito a ser julgado*¹³.

Portanto, enquanto nos Estados Unidos entende-se que uma lei contrária à Constituição é nula, incapaz em princípio de produzir qualquer efeito, na Áustria o sistema concentrado de controle de constitucionalidade determina expressamente que as decisões do Tribunal Constitucional somente produzam efeitos a partir da publicação ou mesmo em um momento posterior, não superior a um ano.

Kelsen, abordando a natureza da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, seja no sistema difuso, seja no sistema concentrado de controle – nesse caso inclusive nos ordenamentos que atribuem eficácia *ex tunc* à decisão –, asseverou que, *se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele tem apenas a faculdade de, quando considere a lei como “inconstitucional”, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como*

*“inconstitucional” não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito*¹⁴.

Na Alemanha, a Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) detém o monopólio do controle jurisdicional de constitucionalidade. No controle abstrato, conforme expressa o § 93, I, n. 2, da Lei Fundamental, a Corte Constitucional, a pedido do Governo Federal, de um Governo estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal, é competente para decidir quando existirem divergências de opiniões ou dúvidas sobre a compatibilidade formal ou material de norma estadual ou federal com a Constituição. De outro lado, segundo determina o § 100, n. 1, da Lei Maior, quando um tribunal considera inconstitucional uma lei cuja validade é pressuposto para a solução do litígio, suspenderá o processo e remeterá a questão para decisão do *Bundesverfassungsgericht*. Ao lado dessas duas vias, prevê ainda a Lei Fundamental, no § 93, I, n. 4, o instrumento do recurso constitucional. Por ele qualquer pessoa pode recorrer ao *Bundesverfassungsgericht* ao considerar-se lesada pelo poder público em algum de seus direitos fundamentais ou em algum dos direitos contidos no § 20, n. 4, ou §§ 33, 38, 101, 103 e 104 de seu texto. Em casos especiais, o recurso constitucional pode ser ajuizado diretamente contra uma lei ou regulamento; pressupõe-se, nesse caso, que a lei viole atual e imediatamente um direito fundamental antes que um ato administrativo dê execução às suas disposições¹⁵.

Sem apoio expresso na Lei Fundamental, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã incorporou técnicas de decisão por meio das quais, apesar de assentada a inconstitucionalidade de determinada norma, naquele momento não se desconstituem os efeitos gerados por ela, possibilitando mesmo, em algumas situações, a sua eficácia futura, com apelo ao legislador para suprir a situação considerada.

Com efeito, a Lei da Corte Constitucional (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*) determina no § 78 que, se concluído que uma norma é incompatível com a Lei Fundamental, deve ela ser declarada nula (*nichtig*). Todavia, no § 31, (2), 2º e 3º períodos, e no § 79, (1) desse mes-

mo diploma, distingue-se, sem maior detalhamento, a possibilidade de a Corte Constitucional declarar a nulidade (*nichtig*) ou a incompatibilidade (*unvereinbar*) de uma norma com a Constituição¹⁶.

Abordando a jurisdição constitucional na Alemanha, Gilmar Ferreira Mendes leciona:

Também a Corte Constitucional alemã passou a adotar, já no início de sua judicatura, em 1954, a chamada decisão de apelo (Appellentscheidung), que lhe outorgava a possibilidade de afirmar que a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização, recomendando ao legislador, por isso, que procedesse de imediato às correções reclamadas. Segundo a fórmula adotada pelo Tribunal, a lei questionada seria, ainda, constitucional (es ist noch verfassungsgemäss), o que impediria a declaração imediata de sua inconstitucionalidade. O legislador deveria atuar, porém, para evitar a conversão desse estado imperfeito ou de uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade.

Ao lado da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei do Bundesverfassungsgericht, e do apelo ao legislador, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Desde 1970, prevê o § 31, (2), 2º e 3º períodos, da Lei do Bundesverfassungsgericht, que o Tribunal poderá declarar a constitucionalidade, a nulidade ou a inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade) de uma lei.

No modelo tedesco, as consequências da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não podem ser inferidas diretamente da Lei do Bundesverfassungsgericht.

Pode-se depreender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada. Uma posição definitiva sobre a questão somente foi tomada na decisão relativa à nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados “casamentos mistos”, na qual o Bundesverfassungsgericht houve por bem equiparar, no que concerne à aplicação subsequente da lei inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (BVerfGE 37, 217, 262) à declaração de nulidade. Segundo o entendimento firmado nessa deci-

(...) ao limitar os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional deve fazer um juízo de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica – que a eficácia *ex tunc* da declaração plenamente potencia – com o interesse na eliminação do fator de incerteza e de insegurança – que a retroatividade, em princípio, acarreta.

*são, a lei simplesmente inconstitucional (unvereinbar), mas que não teve a sua nulidade pronunciada, não mais pode ser aplicada. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional*¹⁷.

Destacam-se, pois, as seguintes técnicas de decisão do Tribunal Constitucional¹⁸: (a) apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), em que se rejeita a arguição de inconstitucionalidade da norma, porém adverte-se da necessidade de sua alteração, complementação ou substituição, antes que se converta essa situação ainda constitucional num estado de inconstitucionalidade; (b) declaração de incompatibilidade ou de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), em que é reconhecida a inconstitucionalidade da norma, todavia é excepcionada a possibilidade de que venha a produzir alguns efeitos; ao mesmo tempo, o Tribunal Constitucional exorta o órgão legislativo a produzir nova regulamentação para suprir a lacuna decorrente do reconhecimento da inconstitucionalidade; (c) declaração de norma ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade (*noch verfassungsmäßige Rechtslage*), em que é repelida a alegação de inconstitucionalidade, todavia o Tribunal Constitucional ressalva a possibilidade de decidir de modo diverso, visto ser a afirmação da sua constitucionalidade fundamentada em circunstância fática, que se modifica no tempo.

Por fim, em Portugal, há a convivência de um sistema concreto com um sistema abstrato de controle de constitucionalidade, bastante similar ao que vigora no Brasil. Segundo o sistema concreto, qualquer tribunal

pode recusar a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, cabendo contra essa decisão recurso para o Tribunal Constitucional (art. 280, n. 1, a, Constituição da República Portuguesa). A fiscalização abstrata, por sua vez, é exercida independentemente de um conflito individual. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República, um décimo dos Deputados da Assembleia da República, os Ministros da República, as assembleias legislativas regionais, os presidentes das assembleias legislativas regionais, os presidentes dos governos regionais ou um décimo dos deputados da respectiva assembleia legislativa regional, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do estatuto da respectiva região ou de lei geral da República (art. 281, n. 2). O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos (art. 281, n. 3).

Em Portugal, existe previsão expressa no art. 282, n. 4, da sua Constituição conferindo ampla discricionariedade para a validação dos efeitos produzidos por norma declarada inconstitucional. Eis os termos dessa norma: 4. *Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional re-*

levo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2º.

Assim, por exemplo, no Acórdão n. 394/93, que apreciou a regulamentação do funcionamento do corpo examinador dos processos de concurso comum do regime geral de recrutamento e seleção de pessoal para a Administração Pública, e no Acórdão n. 527/96, que apreciou normas restritivas à publicidade das atas das decisões da banca examinadora em concursos relativos ao recrutamento e seleção de pessoal na carreira diplomática e no âmbito dos serviços ligados ao Ministério da Saúde, entendeu o Tribunal Constitucional que a subsistência dos provimentos dos cargos preenchidos nos termos dos diplomas em causa nesses processos era um imperativo de equidade e de segurança jurídica, tornando-se necessário garantir a subsistência das situações e direitos adquiridos de boa-fé.

Em outra oportunidade, no Acórdão n. 308/93, o Conselheiro do Tribunal Constitucional Sousa e Brito expôs em seu voto que *a limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral constitui um meio de atenuar os riscos de incerteza e de insegurança advenientes dessa declaração. É que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma com força obrigatória geral, o Tribunal Constitucional contribui para o reequilíbrio da ordem jurídica, mas, simultânea e quase paradoxalmente, cria um fator de incerteza e de insegurança* (Acórdão do Tribunal Constitucional n. 206/87, D.R., 1ª série, de 10 de Julho de 1987, e Jorge Miranda, *idem*, p. 504). Assim, *ao limitar os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional deve fazer um juízo de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica – que a eficácia ex tunc da declaração plenamente potencia – com o interesse na eliminação do fator de incerteza e de insegurança – que a retroatividade, em princípio, acarreta. Nesta ponderação, o Tribunal Constitucional deve atender às exigências da segurança jurídica (entendida em sentido estrito), da equidade (como solução justa a aplicar aos efeitos concretamente já produzidos pela norma declarada inconstitucional) e do interesse público (de excepcional relevo), cumprindo o*

mandamento do n. 4 do art. 282 da Constituição²⁰.

3 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No Brasil, a introdução do controle jurisdicional de leis deveu-se mais à incorporação, no Direito positivo, da doutrina desenvolvida nos Estados Unidos do que propriamente à criação interpretativa dos tribunais²¹. Realmente, o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizava a Justiça Federal, estabeleceu que, *na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte* (art. 3º), determinando também a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de recursos das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos estados *quando a validade de uma lei ou ato de qualquer estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato* (art. 9, parágrafo único, b).

A Constituição de 1891 incorporou tais preceitos, ao declarar ser da competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento de recurso *quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela e quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas* (art. 59, § 1º, a e b).

Embora a redação não deixasse margens para dúvidas, ainda assim houve questionamento do alcance da norma. Rui Barbosa, em texto clássico, fez as seguintes considerações: *O único lance da Constituição americana, no qual se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. 3º, Seção II, cujo teor reza assim: "O Poder Judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nascerem desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos". Muito mais conclusiva é a Constituição brasileira. (...) A redação é claríssima. Nela se reconhece não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que,*

*sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo exposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério*²².

A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, consagrou definitivamente o controle jurisdicional concreto de constitucionalidade, ao dispor, no art. 13, §10, que *os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição*²³.

A Constituição Federal de 1934 introduziu significativa mudança no âmbito da jurisdição constitucional, ao instituir o denominado "embrião do controle concentrado", a saber, a representação interventiva. Estabeleceu-se que, para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis (forma republicana representativa, independência e coordenação de poderes, temporariedade das funções eletivas, limitadas aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato, autonomia dos municípios, garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais, prestação de contas da Administração, possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la, representação das profissões), *a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade* (art. 12, § 2º). Depois de registrar não haver logrado a tentativa de inserir na Carta de 1934 a criação de uma Corte Constitucional, afirma Lenio Luiz Streck que *o procedimento da ação interventiva ficou a meio caminho entre o controle em tese e o controle incidental (concreto)*²⁴.

Segundo consenso da doutrina²⁵, a Constituição de 1937 representou verdadeiro retrocesso do sistema de controle de constitucionalidade. Sobressai o disposto no art. 96, pa-

rágrafo único, segundo o qual, *no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal*.

Para Celso Ribeiro Bastos, o dispositivo possibilita uma *modificação constitucional, na parte em que a lei confirmada conflita com a Constituição*. A primeira passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição. Quanto à norma constitucional modificada, se não o foi no seu todo, permanece válida no resto, isto é, na parte em que não foi contrariada pela norma modificadora²⁶. A conclusão do notável jurista merece apenas um pequeno comentário. O que se tem propriamente não é uma emenda à constituição, visto que a decisão do Legislativo valida retroativamente os efeitos gerados pela norma inconstitucional²⁷.

O dispositivo foi além de permitir a produção excepcional e transitória de efeitos por normas incompatíveis com a Constituição, a exemplo do que ocorre em alguns países. Afigura-se que o parágrafo único do art. 96 instituiu um peculiar sistema político de controle de constitucionalidade, permitindo aos Poderes Executivo e Legislativo, por critérios políticos, rescindir decisão do Judiciário. Assim, em vez de caber ao Legislativo desde o início o controle de constitucionalidade de leis, exerceria ele tal mister, devidamente provocado pelo chefe do Executivo, após pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal de 1946 retoma basicamente a sistemática da Carta de 1934. Emprestou a nova Constituição à representação interventiva uma configuração que ela mantém até hoje. Segundo disposto no parágrafo único do art. 8º, no caso de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis, *o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção*. Portanto, ao contrário do que ocorria anteriormente, em que era submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal a lei federal que decretava a intervenção, de acordo com a nova regulamentação, ca-

No Brasil, a introdução do controle jurisdicional de leis deveu-se mais à incorporação, no Direito positivo, da doutrina desenvolvida nos Estados Unidos do que propriamente à criação interpretativa dos tribunais.

beria a essa Corte a apreciação da constitucionalidade do próprio ato estadual. Não houve significativas alterações.

A Emenda Constitucional n. 16, de 26/11/1965, incorporou ao Direito pátrio o controle abstrato de constitucionalidade, ao incluir no texto da Carta de 1946 a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (art. 101, I, k) e, no âmbito estadual, ao dispor que a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado (art. 124, III).

Os posteriores diplomas constitucionais (Constituição de 1967, Emenda Constitucional n. 1/69 e Constituição de 1988) não introduziram, no tema sob análise, alterações substanciais. Mudança de fundamental importância só veio a ser estabelecida em nível infraconstitucional, pela Lei n. 9.868, de 10/11/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

4 NATUREZA DA DECISÃO QUE RECONHECE A INCONSTITUCIONALIDADE DE UMA LEI

Para uma correta compreensão do fundamento doutrinário do conceito de inconstitucionalidade, deve-se partir da percepção de Kelsen, que entendia a ordem jurídica como um

sistema escalonado de normas. Dizia ele: *Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas*²⁸.

A inconstitucionalidade, portanto, tem como pressuposto a unidade da ordem jurídica e consiste basicamente na colisão de norma infraconstitucional com norma constitucional, seja porque o conteúdo daquela é incompatível com o conteúdo desta, seja porque o modo como a primeira foi elaborada não obedeceu ao modo estabelecido no texto constitucional.

A difícil empreitada de identificar a natureza do julgado que sentenciava a inconstitucionalidade de determinado ato normativo deve partir, primeiramente, da distinção de decisões prolatadas no âmbito do sistema difuso daquelas proferidas no sistema abstrato.

Também deve ser ressaltado que esse questionamento há de ter como enfoque um determinado sistema de Direito positivo, não se podendo firmar solução universal. Como

sabidamente asseverou Pontes de Miranda, *tecnicamente, a inconstitucionalidade ou importa inexistência, ou invalidade ou ineficácia. Ao Direito positivo cabe escolher a conceituação; uma vez escolhida, tem-se a solução in iure conditio, com as suas conseqüências. Portanto, toda investigação científica – e honesta – sobre tal matéria tem de partir, porém desgraçadamente não partiu, nem no Brasil, nem alhures, da pergunta: “Qual o conceito que se adotou?”*²⁹.

Tendo em vista o primeiro sistema, pode-se dizer que a doutrina pátria, influenciada principalmente por juristas norte-americanos, sempre se orientou majoritariamente no sentido de que cabe ao juiz, em reconhecendo a incompatibilidade de um ato normativo com o texto constitucional, declarar a sua nulidade, deixando, por conseguinte, de aplicá-lo à situação concreta que se lhe apresenta no processo.

Rui Barbosa, com ampla análise da doutrina americana, escreveu palavras memoráveis, ao observar que, *uma vez manifesta a colisão (de leis constitucionais e ordinárias), está ipso facto resolvida. O papel do tribunal é apenas declaratório; não desata conflitos: indica-os, como a agulha de um registro, e, indicando-os, indicada está por sua natureza a solução*³⁰, concluindo, mais adiante, que *aos tribunais federais compete declarar a nulidade dos atos legislativos por quebra da Constituição*³¹. Em outra passagem, negava Rui Barbosa eficácia desconstitutiva à decisão: *Os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do Executivo; mas a cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção, ou reparação, que demanda a manutenção de direito ameaçado, ou a restituição de um direito retorquido, a cada litigante, que usa, com esse fim, do meio judicial, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir*³².

Portanto, salvante raros magistérios – como o de Francisco Campos, que via na lei inconstitucional hipótese de inexistência³³, e de Pontes de Miranda que, apesar de qualificar a lei inconstitucional como nula, conferia eficácia constitutiva negativa à respectiva sentença³⁴ –, a doutrina nacional entende ser nulo o ato

inconstitucional; bem por isso, produz seus regulares efeitos, exceto se houver sentença declaratória que disponha, em determinado processo, em sentido contrário. Melhor dizendo, a sentença apenas declara, *inter partes*, a inconstitucionalidade de lei, negando a sua aplicação ao caso concreto. *A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto*³⁵. No Brasil, excepcionalmente, após decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, cabe ao Senado Federal suspender a sua executividade, nos termos do art. 52, X, da Constituição de 1988.

A solução sem dúvida merece encômios. A cada juiz ao qual se apresente um conflito entre lei infraconstitucional e norma constitucional, conflito esse necessário para a resolução do litígio entre as partes, deve caber o poder de declarar incidentalmente a prevalência desta última, excluindo ou desfazendo os efeitos porventura gerados pela primeira. Declara, pois, a nulidade da lei infraconstitucional e nega-lhe a virtude de produzir quaisquer efeitos (efeito *ex tunc* de sua decisão). Uma pequena crítica, porém, merece ser feita. A subsistência do preceptivo contido no art. 52, X, da Constituição só se justificaria se não existisse no Direito pátrio o controle abstrato de constitucionalidade. Se ao Supremo Tribunal Federal já incumbe o exercício do controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, I, a) e se, no âmbito do sistema difuso, a decisão só pode ser prolatada pelo Plenário dessa Corte (art. 97), não faz sentido, senão por um arraigado conservadorismo, submeter uma decisão definitiva declaradora de inconstitucionalidade ao poder discricionário de um órgão político. Esse instituto do art. 52, no mínimo, destoava do moderno processo civil de resultados e punge a já frágil capacidade do Judiciário de resolução dos conflitos em que não se tem a posição uniformizadora e paradigmática de tribunais superiores. De *lege ferenda*, melhor seria se, após decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, fosse ela publicada no Diário Oficial, conferindo, com isso, efeito *erga omnes* ao julgado.

Embora esse quadro tenha permanecido por largo tempo sem maiores objeções, recentemente, em importante decisão, o Supremo Tribunal

Federal, no exercício do controle de constitucionalidade por via de exceção, alterou substancialmente a técnica tradicionalmente vigente aqui e em outros países.

Tendo em vista principalmente circunstâncias fáticas do Estado de São Paulo, onde ainda não foi estruturada a Defensoria Pública, em 29/6/1994, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 135.328, acórdão relatado pelo Min. Marco Aurélio, o Plenário da Excelsa Corte decidiu:

LEGITIMIDADE - AÇÃO EX DELICTO - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal).

INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria-Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.

No julgamento, acatou-se sugestão do Ministro Moreira Alves, desenvolvida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, tendo este exposto em seu voto:

(...) 15. *Impressionaram-me, contudo, na discussão que antecedeu o pedido de vista, as ponderações acerca da precariedade de fato, na maioria dos Estados, do funcionamento da assistência judiciária.*

16. *Por isso, chegou-se a aventar – salvo engano em intervenção do Ministro Moreira Alves –, a possibilidade de condicionar-se o termo da vigência do art. 68 Código de Processo Penal a que já exista órgão de assistência judiciária, no forum competente para cada causa.*

17. *A sugestão se inspira na construção germânica do processo de inconstitucionalização da lei (Gilmar F. Mendes, Controle de Constitucionalidade, 1990, p. 88 e ss.; J. C. Béguin, Le Contrôle de Constitutionnalité des Lois en R. F. d'Allemagne, 1982, p. 273 e ss.; Wolfgang Zeidler, relatório VII Conf. dos Tribunais Constitucionais Europeus, em Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas, Lisboa, 1987, 2ª parte, p. 47, 62 e ss.).*

18. *Tenho o alvitre como fértil e oportuno.*

19. *O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia ex tunc; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.*

20. *Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.*

21. *É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva. (...)*³⁶

Quanto ao controle abstrato de constitucionalidade, a orientação tradicionalmente tem sido a mesma. Ponderava, por exemplo, Alfredo Buzaid que a sentença que declara a inconstitucionalidade é predominantemente declaratória, não-predomi-

(...) a lei em exame ofende, inegavelmente, o princípio constitucional segundo o qual é vedada a delegação de atribuições de um Poder a outro. Trata-se de regra constitucional implícita que tem como objetivo, conformando os Poderes do Estado, proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos. A delegação de funções por ato infraconstitucional é, por conseguinte, violadora do núcleo intangível de uma Constituição (...)

nantemente constitutiva. A nulidade fere-a ab initio. Embora executória até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, ex tunc. O Poder Judiciário não modifica o estado da lei, considerando nulo o que inicialmente era válido. Limita-se a declarar a invalidade da lei, isto é, declara-a natimorta³⁷. Teori Albino Zavascki igualmente observa que é declaratória a sentença que afirma a inconstitucionalidade. É que o vício acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no Supremo Tribunal Federal e abonada pela doutrina dominante entre nós. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito na ação direta ou na ação declaratória, simplesmente declara a validade ou a nulidade. Nada constitui nem desconstitui³⁸.

Expressivas também são as palavras do Min. Celso de Mello, consignadas no voto prolatado no julgamento da ADIN n. 625/MA:

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição³⁹. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de sua ineficácia e de sua completa inaplicabilidade.

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

Esse tem sido o entendimento doutrinário compatível com o sentido das Constituições rígidas, tal como a que hoje vigora no Brasil. E diversa não tem sido, nesse tema, a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério, de um lado, sublinha a nulidade plena do ato inconstitucional, e, de outro, proclama – a partir de sua absoluta ineficácia jurídica – o caráter retroativo da declaração judicial que reconhece a sua incompatibilidade hierárquico-normativa com a Lei Fundamental⁴⁰.

Como já foi consignado, em novembro de 1999, entrou em vigor a Lei n. 9.868, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Por influência de Gilmar Ferreira Mendes⁴¹, que desenvolveu sua tese de doutorado em Münster, na Alemanha, onde assimilou a profícua jurisprudência da Corte Constitucional, foram incorporadas ao Direito pátrio orientações já firmadas pelo Supremo Tribunal Federal e preceitos com visível inspiração do Direito comparado. Importa aqui destacar o disposto no art. 27: *Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

O dispositivo, como se pode observar, tem como fonte mais próxima o disposto no art. 282, n. 4, da Constituição de Portugal; todavia, vai muito mais além. Com efeito, enquan-

to o texto constitucional português permite apenas que o Tribunal Constitucional restrinja o alcance temporal da declaração de inconstitucionalidade, o diploma brasileiro, em texto bastante lacônico, possibilita (1) a restrição dos efeitos daquela declaração, (2) que esta só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou (3) que só tenha eficácia a partir de outro momento que venha a ser fixado.

A doutrina vem aceitando, sem ressonar grandes críticas, as recentes alterações. Alexandre de Moraes, por exemplo, somente vê inconstitucionalidade na possibilidade de atribuir efeito *pro futuro* à decisão:

Em relação à amplitude dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a regra geral consiste em que a decisão tenha efeitos erga omnes, decretando-se, conforme já analisado, a nulidade total de todos os atos emanados do Poder Público com base na lei ou ato normativo inconstitucional. Além disso, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma acarreta a repristinação da norma anterior que por ela havia sido revogada, uma vez que norma inconstitucional é norma nula, não subsistindo nenhum de seus efeitos.

Excepcionalmente, poderá o Supremo Tribunal Federal, presentes os requisitos já analisados, limitar esses efeitos, seja para afastar a nulidade de alguns atos praticados pelo Poder Público com base em norma declarada inconstitucional, seja para afastar a incidência dessa decisão em relação a algumas situações, seja, ainda, para eliminar, total ou parcialmente, os efeitos repristinatórios da decisão.

Em relação aos limites temporais da declaração de inconstitucionalidade temos a seguinte situação: Regra: efeitos ex tunc, ou seja, retroativos; primeira exceção: efeitos ex nunc, ou seja, não-retroativos, a partir do trânsito em julgado da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, desde que fixados por 2/3 dos ministros do STF; segunda exceção: efeitos a partir de qualquer momento escolhido pelo Supremo Tribunal Federal, desde que fixados por 2/3 de seus ministros. Essa hipótese de restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem limites lógicos. Assim, se o STF entender pela aplicação dessa hipótese excepcional, deverá escolher como termo inicial da produção de efeitos, qualquer momento entre a edição da norma e a publicação oficial da decisão. Dessa

forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para produção dos efeitos da decisão, data posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos⁴².

Mais amplamente, Lenio Luiz Streck assevera que a possibilidade de fixar arbitrariamente a eficácia temporal da decisão, para além do efeito *ex nunc* ou para aquém do efeito *ex tunc*, enfraquece a força normativa da Constituição, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (*sic*). Tal previsão, continua ele, é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro. Se há razões de ordem pragmática que apontam para a necessidade de mitigação da previsão do efeito *ex tunc*, a partir da possibilidade de o Tribunal Constitucional estabelecer efeito *ex nunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar a eficácia *pró-futuro*, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que não seria nem *ex tunc* e nem *ex nunc*. Estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade⁴³.

Zeno Veloso não levanta qualquer óbice à Lei n. 9.868: *Observadas as Constituições estrangeiras e as leis orgânicas dos respectivos Tribunais Constitucionais, concluímos que em nenhum país conferiu-se margem tão ampla de decisão, diante da controvérsia constitucional, quanto a que foi dada pela Lei n. 9.868/99 ao Supremo Tribunal Federal. (...) A temperança, o comedimento e a prudência no emprego da faculdade de dar conteúdo normativo às suas decisões serão os ingredientes essenciais para que a inovação seja democrática e salutar*⁴⁴.

É exceção entre os que se depa-ram com o tema a contundente crítica de Osório Silva Barbosa Sobrinho, para quem os exemplos estrangeiros utilizados para justificar a nova regra, pensamos, devem ser aceitos com reserva, uma vez que nos países apontados os seus Governos são mais responsáveis, menos arbitrários e, portanto, menos violadores deliberados das suas cartas magnas. Dificilmente, para não dizer nunca, a modulação será efetuada em favor do cidadão individualmente considerado

e em sua relação com outro cidadão. Seu destino será, como o passado nos ensina, forma de evitar que o Governo devolva (repita) créditos tributários cobrados com fundamento em lei inconstitucional. A regra melhor teria sido escrita se ficasse esclarecido desde logo que ela não aproveita ao Governo⁴⁵.

Realmente, a necessidade de assegurar maior flexibilidade às decisões no âmbito da jurisdição constitucional não pode ser negada. A tendência observada em alguns países tem sido exatamente nesse sentido, e isso os fatos não desmentem. Porém, deve-se questionar a legitimidade de instituir tais técnicas por meio de lei ordinária, sem um maior debate e participação da sociedade.

No plano da teoria geral, subverte-se a unidade do ordenamento jurídico. Não pode uma lei ordinária estabelecer que outra norma de igual hierarquia seja considerada válida em específicas situações, servindo a esta, pois, de fundamento de validade, ainda que intermediado por decisão jurisdicional. A questão da validade remete à estrutura escalonada do ordenamento jurídico, segundo o qual a norma superior serve de fundamento de validade à norma produzida com base em seus termos. Conforme consideração de Norberto Bobbio, *essa teoria serve para uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores*⁴⁶. Assim, é aceitável a permissão das constituições da Áustria (art. 140) e de Portugal (art. 282, n. 4) em casos excepcionais e dentro de limites estreitos, no sentido de que leis violadoras de seus preceitos produzam alguns efeitos. Trata-se de norma constitucional, produto do poder constituinte, servindo de fundamento de validade à norma de hierarquia inferior. Contudo, afigura-se despropositado uma simples lei ordinária servir de fundamento de validade a normas situadas no mesmo plano hierárquico e mesmo em plano superior – no caso de emendas constitucionais aprovadas com violação das cláusulas pétreas.

A igual conclusão chegou Silvio Nazareno Costa, observando que o princípio da hierarquia *afasta da esfera ordinária a matéria em questão. Matéria com repercussões sobre o equilíbrio e independência entre as funções estatais não encontra na fle-*

*xível e instável via da lei ordinária seu meio próprio. Ademais, a rigidez da Carta brasileira não se compraz com a possibilidade da normatização ordinária com infringência constitucional, como no caso parece ocorrer. Nos sistemas constitucionais rígidos, como se sabe, somente a normatização derivada pode nascer do rito ordinário, com o estabelecimento de Direito positivo submetido aos lindes firmados na Constituição, mesmo que não expressamente*⁴⁷.

Ademais, o poder conferido pela Lei n. 9.868 atribui verdadeira função normativa ao Supremo Tribunal Federal. É o que, em relação ao ordenamento português, asseverou Gomes Canotilho: *o n. 4 do art. 282 é uma norma de particular importância, pois, ao permitir-se ao TC a 'manipulação' dos efeitos das sentenças de declaração de inconstitucionalidade, abre-se-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente normativos*⁴⁸. Ou seja, pode o Supremo Tribunal Federal estatuir, *v. g.*, que: uma lei inconstitucional produza efeitos em relação a pessoas determinadas, excluindo outro grupo originalmente por ela abrangido; uma lei inconstitucional tenha eficácia até certo momento fixado na decisão, inclusive *pro futuro*, sem limite máximo previsto; sua decisão tenha ou não efeito repristinatório; considerem-se válidos alguns atos praticados com base na lei e outros não etc. Mais grave ainda é não ter-se estabelecido em que situações pode o Supremo Tribunal Federal exercer esse amplo poder. Melhor dizendo, não está estipulado em que hipóteses de inconstitucionalidade essa discricionariedade é admitida. Quando a lei é formalmente constitucional? Quando a lei conflita com as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF)? Quando se trata de violação de direitos fundamentais? Quando põe em risco os fundamentos da República (art. 1º)? Percebe-se, diante dessas dúvidas, que a lei ordinária delegou ao Supremo Tribunal Federal poderes mais amplos do que mesmo o de emendar a Constituição.

Por isso, a lei em exame ofende, inegavelmente, o princípio constitucional segundo o qual é vedada a delegação de atribuições de um Poder a outro. Trata-se de regra constitucional implícita que tem como objetivo, conformando os Poderes do Estado, proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos. A delegação de funções por ato infraconstitucional é, por conseguinte, violadora

do núcleo intangível de uma Constituição, sua decisão política fundamental, comprometendo, grave e seriamente, instituições essenciais à existência de um Estado democrático.

5 CONCLUSÃO

É tendência contemporânea, formalizada principalmente em textos constitucionais, a atribuição aos tribunais constitucionais – diante de circunstâncias fáticas excepcionais e tendo em vista a repercussão social do *thema decidendum* – do poder de fixar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade *ex nunc* ou *pro futuro*, permitindo, portanto, que a lei inconstitucional produza alguns efeitos.

No Brasil, principalmente por influência da doutrina norte-americana, sempre se entendeu que a lei inconstitucional é ato nulo, cabendo ao órgão jurisdicional declarar, *inter partes*, essa inconstitucionalidade e negar a sua aplicação ao caso concreto, com o que a lei seria incapaz de produzir qualquer efeito (eficácia declaratória da sentença e efeitos *ex tunc* da decisão). A mesma orientação invariavelmente foi seguida também no âmbito do controle abstrato de normas, instituído pela Emenda Constitucional n. 16, de 26/11/1965.

Em novembro de 1999, entrou em vigor a Lei n. 9.868, permitindo que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Visto conferir poder normativo ao Supremo Tribunal Federal, a lei em exame ofende, primeiramente, o princípio constitucional segundo o qual é vedada a delegação de atribuições de um Poder a outro. Demais disso, porque se trata de mudança instituída mediante norma infraconstitucional, subverte-se a unidade do ordenamento jurídico, ou seja, tem-se que uma simples lei ordinária serve de fundamento de validade a normas situadas no mesmo plano hierárquico e mesmo em plano superior – no caso de emendas constitucionais aprovadas com violação das cláusulas pétreas.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- MIRANDA, Pontes de. Defesa, guarda e rigidez das constituições. *Revista de Direito Administrativo: seleção histórica*, p. 76, 1996.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 24.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, p. 57.
- Essa idéia está expressa, v. g., no seguinte pensamento de Bernard Schwartz: *A teoria americana admite uma verdadeira hierarquia de legisladores dentro do Estado. No ápice encontra-se a Assembléia Constituinte, à qual só o povo delegou a autoridade de criar o instrumento orgânico que rege o Estado. Os dispositivos da Constituição aprovados por ela constituem a lei suprema do país* (*Direito constitucional americano*, p. 26).
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 334.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Campinas: Russel, 2003. p. 471-472.
- Apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 167.
- An unconstitutional act is not law; it confers no rights; it imposes no duties; affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed* (Norton vs. Shelby County, 118, US 425. p. 442).
- COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russel, 2002. p. 152.
- Linkletter Vs. Walker*, 381 U.S. 618. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/381/618.html>>.
- Petitioner contends that our [381 U.S. 618, 629] method of resolving those prior cases demonstrates that an absolute rule of retroaction prevails in the area of constitutional adjudication. However, we believe that the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect. As Justice Cardozo said, "We think the federal constitution has no voice upon the subject"*. *Linkletter Vs. Walker*, 381 U.S. 618. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/381/618.html>>.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 318-319. André Ramos Tavares também cita o ensinamento de Laurence Tribe e a decisão no caso *Linkletter v. Walker* como origem da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (v. *Curso de direito constitucional*, p. 223).
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 25.
- . *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 303.
- WÖHRMANN, Gotthard. *The Federal Constitutional Court: an introduction*. Disponível em <<http://www.iuscomp.org/gla/literature/lnbverfg.htm>>. Acesso em: 29 dez. 2003.
- Federal Constitutional Court Act (Bundesverfassungsgerichts-Gesetz, BVerfGG)*. Disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/>>. *Law on the Federal Constitutional Court*. Disponível em: <<http://www.goethe.de/ln/d/presse/e/gesetze-e-f.html>>.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei. *Revista Jurídica Virtual*, n. 6, out./nov. 1999.
- PEÑA, V. Guilherme. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 246-247; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 238-248; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 220-233.
- Dispõem os ns. 1 e 2: 1. *A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última*.
- Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 3 jan. 2004.
- Na exposição de motivos do Decreto n. 848, constava expressamente que *O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não a Constituição, e neste último caso, cabe-lhe decretar que elas são nulas e sem efeito* (STRECK, *op. cit.*, p. 423).
- BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russel, 2003. p. 52-53.
- BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da história do Brasil*. Brasília: Senado Federal; Conselho Federal, 2002. v. 8, p. 554.
- STRECK, *op. cit.*, p. 441.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 328; MENDES, *op. cit. Controle...*, p. 26; STRECK, *op. cit.*, p. 441; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 398; VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 32.
- BASTOS, *op. cit.*, p. 398.
- É e sempre foi comum a aprovação de emendas à constituição para contornar decisões declarando a inconstitucionalidade de leis. Apenas para citar exemplo recente: com o fim de possibilitar a cobrança de ICMS na importação de mercadorias por pessoa física, prática reiteradamente repelida pelo Supremo Tribunal Federal, o Governo Federal providenciou a aprovação da Emenda Constitucional n. 33, de 11/12/2001, que legitimou esse anseio do Fisco. Todavia, ao contrário do que permitia o sistema de 1937, a cobrança só foi validada após a vigência da Emenda n. 33, daí por que

- não se pode qualificar o instituto da Carta de 1937 simplesmente de "emenda à constituição".
- 28 Kelsen, *op. cit. Teoria...*, p. 247.
- 29 MIRANDA, *op. cit.*, p. 81.
- 30 BARBOSA, *op. cit.*, p. 57.
- 31 Idem, p. 74.
- 32 Idem, p. 83. Ressalte-se que a assertiva de Rui Barbosa deve ser analisada no seu contexto histórico, época em que inexistia o controle concentrado de constitucionalidade. Ademais, é possível visualizar nas ações coletivas (ação civil pública, ação popular etc.) hipótese em que, efetivamente, o Judiciário "revoga" atos administrativos ilegais ou inconstitucionais.
- 33 *O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexiste de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido* (apud VELOSO, *op. cit.*, p. 178).
- 34 *A melhor solução técnica é a da nulidade, a que corresponde sentença constitutiva negativa, com eficácia ex tunc. (...) Assim: mantém-se o respeito dos atos dos outros Poderes, enquanto tais atos não são julgados; atende-se que a inconstitucionalidade é caso de anulação e não seria lógico o mesmo ato, inconstitucional ex hypothesi, ser tido como eficaz até a publicação do julgamento e ineficaz depois, tanto mais quanto, no caso em exame, apanha a época em que se formou a relação de direito, res in iudicium deducta* (MIRANDA, *op. cit.*, p. 83).
- 35 Kelsen, *op. cit. Jurisdição...*, p. 303.
- 36 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> .
- 37 BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 132 apud VELOSO, *op. cit.*, p. 177.
- 38 ZAVASCKI, Teófilo Albino. *Ações de controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 64-65.
- 39 SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. *Revista dos Tribunais*, p. 202-204, 1968.
- 40 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> .
- 41 MENDES, *op. cit. Processo...* Também pioneiro, embora não referido por Gilmar Ferreira Mendes, o Prof. Paulo Bonavides que, no seu *Curso*, já dedicara uma seção de capítulo ao assunto, com o nome "O controle abstrato de constitucionalidade: nulidade e incompatibilidade de normas jurídicas inconstitucionais" (v. *Curso de direito constitucional*, p. 333 e ss.)
- 42 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 626.
- 43 STRECK, *op. cit.*, p. 697-698.
- 44 VELOSO, *op. cit.*, p. 196. De modo semelhante: SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões de controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. *passim*; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei n. 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 282-285.
- 45 SOBRINHO, Osório Silva Barbosa. *Comentários à Lei n. 9.868/99: processo do controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 66-67.
- 46 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 49.

- 47 COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. § 111.
- 48 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 1075.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

PÉREZ, Miguel A. Aparicio *et. al. Textos constitucionales*. 2. ed. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1997.

Artigo recebido em 24/3/2004.

ABSTRACT

The author claims that the country's doctrine has always been guided in the sense that unconstitutional law is an act null and void. He states that it is up to the judge to declare this nullity and decline to apply the mentioned law to the real situation, with a view to preventing it from causing any effects.

However, he demonstrates that there is the need to greater flexibility of judgments within the constitutional jurisdiction scope. That tendency is made real in several countries, where some discretionary powers are attributed to the constitutional tribunals in order to manipulate the efficacy of the declaration of unconstitutionality; thus, enabling that unconstitutional rules cause some effects.

He affirms that Law n. 9,868/99, which allows restriction on the declaration of unconstitutionality, concerning its effects and efficacy, arouses many questions about the extent and validity of this change, for it violates the constitutional principle that forbids the delegation of prerogatives from one Power to another.

KEYWORDS – Unconstitutionality – law, declaration; Law n. 9,868/99; Comparative Law; constitutionality jurisdictional control; constitutional – tribunal, court; principle; infraconstitutional rule.

Ricardo Ribeiro Campos é Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.